Die Natur der Ansprüche aus § 480 Abs. 1 BGB.,

ihre Konkurrenz innerhalb und außerhalb des Prozesses.

Inaugural-Dissertation

der juristischen Fakultät
der Friedrich-Alexanders-Universität zu Erlangen

vorgelegt von

Georg Gerson
aus Frankfurt a. O.
Referendar in Berlin.

Approbiert am 24. Juli 1909.

Borna-Leipzig
Buchdruckerei Robert Noske
1909.

93

Referent: Universitäts-Professor Dr. Siber.

Meinen Eltern!

Inhaltsverzeichnis.

Erster Teil.

Seite

§ 1. Einleitung 1
§ 2. Die Natur der Ansprüche auf Lieferung einer mangelfreien Sache, auf Wandlung und Minderung 3
§ 3. Die Konstruktion der drei Ansprüche 8
§ 4. Die Konkurrenz der Ansprüche 10

Zweiter Teil.

§ 5. Die außerprozessuale Geltendmachung der Ansprüche 17

Die Geltendmachung der Ansprüche im Prozesse:

§ 6. Die Klagerhebung 18
§ 7. Die Zurücknahme der Klage 21
§ 8. Die Änderung der Klage 24
§ 9. Der Fortgang des Prozesses 27
§ 10. Die Erhebung einer anderen Klage während der Rechtshängigkeit der ersten 28
§ 11. Schluß 30

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41543504_0092

Literaturverzeichnis.

Cosack, Lehrbuch des deutschen bürgerlichen Rechts. 4. Aufl. 1903.

Crome, System des deutschen bürgerlichen Rechts. Bd. 2: Recht der Schuldverhältnisse. 1902.

Dernburg, Das bürgerliche Recht des Deutschen Reichs und Preußens. Bd. 2: Die Schuldverhältnisse nach dem Rechte des Deutschen Reiches und Preußens. Abt. 2: Einzelne Obligationen. 3. Aufl. 1906.

Düringer-Hachenburg, Das Handelsgesetzbuch v. 10. 5. 1897, auf der Grundlage des Bürgerlichen Gesetzbuchs erläutert. Bd. 3. 1905.

Eccius, Die Gewährleistung wegen Mängel der Sache nach dem Bürgerlichen Gesetzbuche. Bei Gruchot Bd. 43 S. 305 ff.

Eck, Vorträge über das Recht des Bürgerlichen Gesetzbuchs. Herausgegeben von Leonhard. 1. u. 2. Aufl. 1903.

Emerich, Kauf- und Werklieferungsvertrag nach dem Bürgerlichen Gesetzbuche für das Deutsche Reich. 1899.

Endemann, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts. 9. Aufl. 1903.

Enneccerus-Jaeger, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts. Bd. 1. 3. Aufl. 1904—1908.

Entscheidungen des Reichsgerichts. Herausgegeben von den Mitgliedern des Gerichtshofes und der Reichsanwaltschaft. Entscheidungen in Zivilsachen. (zit.: RG.)

Flechtheim, Aufhebungsanspruch und Einrede. Bei Gruchot Bd. 46 S. 509 ff.

Gaupp-Stein, Die Zivilprozeßordnung für das Deutsche Reich. 8. u. 9. Aufl. 1906.

Goldmann-Lilienthal, Das Bürgerliche Gesetzbuch, systematisch dargestellt. 2. Aufl. 1903.

Haymann, Zur Frage nach der rechtlichen Natur und prozessualen Behandlung des Wandlungsanspruches. Bei Gruchot Bd. 46 S. 509.

Hellwig, Lehrbuch des deutschen Zivilprozeßrechts. 1903.

Hellwig, Anspruch und Klagrecht. 1900.

Hölder, Über Ansprüche und Einreden. Im Archiv für die zivilistische Praxis Bd. 93 S. 1 ff.

Kisch, Die Wirkungen der nachträglich eintretenden Unmöglichkeit der Erfüllung bei gegenseitigen Verträgen nach dem Bürgerlichen Gesetzbuche für das Deutsche Reich. In Fischers Abhandlungen Bd. 7 Heft 3.

Kohler, Bürgerliches Recht. In Holtzendorff-Kohlers Enzyklopädie. S. 365 ff.

Kohler, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts. Bd. 2: Vermögensrecht. Teil 1: Schuldrecht. 1906.

Kohler, Prozeßhandlungen mit Zivilrechtswirkung. In der Zeitschrift für deutschen Zivilprozeß Bd. 26 S. 1 ff.

Krückmann, Unmöglichkeit und Unmöglichkeitsprozeß. Zugleich eine Kritik der Entwürfe Rußlands, Ungarns und der Schweiz. Im Archiv für die zivilistische Praxis Bd. 101 S. 1 ff.

Kuhlenbeck, Von den Pandekten zum Bürgerlichen Gesetzbuche. 1897—1901.

Langheineken, Anspruch und Einrede nach dem deutschen Bürgerlichen Gesetzbuche.

Leonhard, Die Wahl bei der Wahlschuld. Zugleich ein Beitrag zur Lehre von der Wirksamkeit der Rechtsgeschäfte. In Jherings Jahrbüchern Bd. 41 S. 1 ff.

Litten, Die Wahlschuld im deutschen bürgerlichen Rechte. 1903.

Matthiaß, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts. 4. Aufl. 1900.

Matthiaß, Die Wandlung nach dem Bürgerlichen Gesetzbuche. In DJZ. 1902 S. 205 ff.

Mosler, Der Nachlieferungsanspruch beim Gattungskauf als Erfüllungsanspruch. Heidelberger Diss. 1907.

Motive zu dem Entwurfe eines Bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich. 2. Aufl. 1896.

Neumann, Handausgabe des Bürgerlichen Gesetzbuches. 4. Aufl. 1905.

Oertmann, Das Recht der Schuldverhältnisse. 2. Aufl. 1906.

Oertmann, Zur Lehre von der Wandlung. Im Recht 1904 S. 4 ff., 29 ff.

Pescatore, Die Wahlschuldverhältnisse. In Fischers Abhandlungen Bd. 13.

Pippo, Die Ansprüche auf Wandlung, Minderung und Schadensersatz wegen Nichterfüllung aus der Gewährleistungspflicht des Verkäufers, mit besonderer Berücksichtigung ihrer Konkurrenz. Jenaer Diss. 1906.

Planck, Bürgerliches Gesetzbuch nebst Einführungsgesetz. Bd. 2: Recht der Schuldverhältnisse. 3. Aufl. 1907.

Schöller, Die Folgen schuldhafter Nichterfüllung. Insbesondere der Schadensersatz wegen Nichterfüllung bei Kauf, Werkvertrag, Miete und Dienstvertrag nach dem BGB. Bei Gruchot Bd. 46 S. 1 ff.

Schollmeyer, Recht der Schuldverhältnisse. Allgem. Teil des Rechts der Schuldverhältnisse. 1900.

Schollmeyer, Das Recht einzelner Schuldverhältnisse im Bürgerlichen Gesetzbuche. 2. Aufl. 1904.

Schollmeyer, Erfüllungspflicht und Gewährleistung für Fehler beim Kauf. In Jherings Jahrbüchern Bd. 49 S. 93 ff.

Schmidt, Lehrbuch des deutschen Zivilprozesses. 2. Aufl. 1906.
Schmidt, Die Klagänderung. 1888.
Schröder, Zur Gewährleistung für Sachmängel beim Kauf nach dem Bürgerlichen Gesetzbuche. 1903.
Seuffert, Kommentar zur Zivilprozeßordnung. 10. Aufl. 1907.
Siber, Litten, Die Wahlschuld im deutschen bürgerlichen Recht. In Krit. VSchr. 1905 S. 526ff.
Staub, Kommentar zum Handelsgesetzbuche. 8. Aufl. 1907.
Staudinger, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch. Bd. 2: Recht der Schuldverhältnisse. a) Allgemeiner Teil. 3. u. 4. Aufl. 1907. b) Besonderer Teil. 2. Aufl. 1906.
Struckmann-Koch, Die Zivilprozeßordnung für das Deutsche Reich. 8. Aufl. 1901.
Thiele, Die Vollziehung der Wandlung und der Minderung nach dem Bürgerlichen Gesetzbuche. Im Archiv für die zivilistische Praxis Bd. 93 S. 387.
Werner, Streitfragen aus dem Gebiete des Wandlungsrechts. Im Recht 1902 S. 282ff.
Windscheid-Kipp, Lehrbuch des Pandektenrechts. 9. Aufl. 1906.

Archiv für die zivilistische Praxis. (zit.: Arch. f. ziv. Prax.)
Deutsche Juristenzeitung, begründet von Staub und Stenglein. (zit.: DJZ.)
Gruchot, Beiträge zur Erläuterung des deutschen Rechts.
Jherings Jahrbücher für die Dogmatik des bürgerlichen Rechts, herausgegeben von Regelsberger und Ehrenberg.
Das Recht, Rundschau für den deutschen Juristenstand, herausgegeben von Sörgel.
Zeitschrift für deutschen Zivilprozeß und das Verfahren in Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit, begründet von Busch, herausgegeben von Schultzenstein und Vierhaus.

Erster Teil.

§ 1.

Einleitung.

Es war im gemeinen Recht streitig, welche Ansprüche dem Käufer einer fehlerhaften Gattungssache zuständen, ob der Verkäufer durch fehlerhafte Lieferung nicht erfüllt habe, und der Käufer demgemäß nur Erfüllung verlangen könne, oder ob ihm die actio redhibitoria und quanti minoris gegeben werden sollte. Auch die Meinung wurde vertreten, daß ihm sowohl der Anspruch auf Erfüllung wie die ädilizischen Klagen zuständen.

Das Bürgerliche Gesetzbuch hat sich dahin entschieden, daß es dem Käufer drei Ansprüche[1]) gibt. § 480 Abs. 1 BGB. bestimmt: Der Käufer einer nur der Gattung nach bestimmten Sache kann statt der Wandlung oder der Minderung verlangen, daß ihm an Stelle der mangelhaften Sache eine mangelfreie geliefert wird.

Es wird für den Käufer, der eine mangelhafte Gattungssache geliefert erhalten hat, bald zweckmäßiger sein, den einen, bald den andern, bald den dritten geltend zu machen. Es kann möglich sein, daß ihm gerade an dem gelieferten Stücke trotz des Fehlers sehr viel liegt; dann wird er mindern. Es kann sein, daß er aus irgendwelchen Gründen möglichst ganz von dem Vertrage abkommen will; dann erreicht er diesen Zweck dadurch, daß er Wandlung verlangt. Oder es kann ihm auch daran liegen, daß er eine andere, mangelfreie Sache erhält. Dann macht er den dritten ihm gegebenen Anspruch geltend.

---

[1]) Abgesehen von dem Falle, wo es sich um zugesicherte Eigenschaften oder arglistiges Verschweigen handelt. Das soll in dieser Arbeit nicht berücksichtigt werden.

Sehr häufig wird es vorkommen, daß der Käufer, nachdem er sich schon dem Verkäufer gegenüber für einen der Ansprüche entschieden hat, gern zu einem andern übergehen möchte. Veränderte Umstände können das sehr leicht mit sich bringen. Hat z. B. der Käufer Wandlung verlangt, und fällt der Verkäufer in Konkurs, so ist es für den Käufer praktischer, zu mindern. Denn dann erleidet nur der bedeutend geringere Betrag, um den gemindert wird, eine Herabsetzung in Form der Konkursdividende, während sonst der ganze Kaufpreis, der gezahlt ist, nur prozentualiter der Konkursdividende zurückgezahlt wird. Aber auch mannigfache andere Interessen wirtschaftlicher Art können es für den Käufer als wünschenswert erscheinen lassen, wenn er seinen einmal erklärten Willen ändern kann. Das Bürgerliche Gesetzbuch hat das berücksichtigt und dem Käufer ein jus variandi gegeben. Wenn er sich einmal für einen der drei Ansprüche erklärt hat, so ist er noch nicht daran gebunden (§ 465 BGB.). Andere Momente müssen erst hinzukommen, um ihn endgültig auf den einen Anspruch festzulegen. Es ist daher zweckmäßig zu untersuchen, wie lange der Käufer seine Wahl ändern kann. Anderseits, von der Seite des Verkäufers aus, ist es auch für diesen wichtig zu wissen, wann sein Vertragsgegner gebunden ist. Denn ihm muß daran liegen, bald zu wissen, was er eigentlich tun soll, ob er eine neue Sache liefern, den Kaufpreis teilweise oder ganz gegen Rückgabe der gelieferten Sache zurückzahlen soll.

Aus diesen Gründen soll im folgenden untersucht werden, wann im einzelnen es für den Käufer nicht mehr möglich ist, von seiner Wahl abzugehen, oder was der Verkäufer tun muß, um seinen Gegner bei dem einmal geltend gemachten Anspruch festzuhalten, m. a. W. wann das jus variandi des Käufers erlischt, sei es, daß der Käufer seinen Anspruch klagweise geltend macht, sei es, daß er auf außergerichtlichem Wege vorgehe.

Bevor wir jedoch zur Erörterung der einzelnen möglichen Fälle im zweiten Teile der Arbeit kommen, müssen wir einige Vorfragen beantworten, denn je nachdem man sich hierbei für die eine oder die andere Ansicht entscheidet, wird auch das Endergebnis ein verschiedenes werden.

§ 2.

Die Natur der Ansprüche auf Lieferung einer mangelfreien Sache auf Wandlung und Minderung.

Im letzten Grunde gehen natürlich alle drei Ansprüche auf den geschlossenen Kaufvertrag zurück. Ihm entspringen sie. Doch auf Grund eines Kaufvertrages hat der Käufer gegen den Verkäufer ganz verschiedenartige Ansprüche. Die Art der Ansprüche seien zunächst beim Spezieskauf dargelegt.

Nach dem Abschluß eines Kaufvertrages kann man wie bei allen Verträgen verlangen, daß derselbe erfüllt werde. Weigert sich der Verkäufer ihn zu erfüllen, so kann man klagen, kann vielleicht auch, wenn die Voraussetzungen des § 229 BGB. gegeben sind, die Sache selbst wegnehmen. Was unter Erfüllung des Kaufvertrages zu verstehen ist, bestimmt § 433 BGB.: Der Verkäufer ist verpflichtet, dem Käufer die Sache zu übergeben und das Eigentum an der Sache zu verschaffen. Mehr wird hier nicht von ihm verlangt.

Und doch muß der Verkäufer noch für anderes einstehen. Denn nach § 459 BGB. haftet der Verkäufer einer Sache dem Käufer auch dafür, daß sie zu der Zeit, zu welcher die Gefahr auf den Käufer übergeht, nicht mit Fehlern behaftet ist, die den Wert oder die Tauglichkeit zu dem gewöhnlichen oder dem nach dem Vertrage vorausgesetzten Gebrauche aufheben oder mindern, und ebenso dafür, daß die Sache zur Zeit des Überganges der Gefahr die zugesicherten Eigenschaften hat. Wenn diese Pflicht nicht erfüllt wird, so gibt das Bürgerliche Gesetzbuch dem Käufer besondere Ansprüche, vor allem kann er wandeln und mindern.

Hier haben wir zwei ganz verschiedene Ansprüche, die auf verschiedenem Grunde beruhen, den sich aus § 433 ergebenden sogen. Erfüllungs- und den Gewährleistungsanspruch aus § 459.

Freilich ist es in der Literatur keineswegs unbestritten, daß hier verschiedene Ansprüche vorliegen. Man will den Gewährleistungsanspruch nur als eine besondere Form des Erfüllungsanspruches gelten lassen. Ebenso wie der, der gar nicht liefere,

nicht erfüllt habe, so habe der, der fehlerhaft liefere, seinen Vertrag nicht erfüllt.[1]) Scheint auch eine Bemerkung in den Motiven dem zu widersprechen,[2]) so glaubt Düringer-Hachenburg[3]) doch, daß diese Ansicht richtig sei, da sie allein zu billigen Ergebnissen führe und daher „der Natur der Sache" entspräche. Denn „eine Lieferung, welche der Käufer wegen Unbrauchbarkeit zurückweisen muß, hat für ihn in der Regel nicht mehr wirtschaftliche Bedeutung, wie wenn überhaupt nicht geliefert wäre. Es ist deshalb nicht einzusehen, warum ihn das Gesetz ungünstiger behandeln sollte als den Käufer, dem überhaupt nicht geliefert wurde, und der deshalb der Mühe überhoben ist, die gelieferte Ware zu prüfen, zu beanstanden und event. aufzubewahren". Dieses Argument erscheint auf den ersten Blick ziemlich stichhaltig. Man soll doch die Rechte des Käufers nicht verkürzen. Wie ist es aber, wenn wir die Folgen für den Verkäufer ins Auge fassen? Dann kann dieser ja, wenn er die Sache, die wirklich gekauft ist, liefert, ohne weiteres in Verzug gebracht werden. Dann muß er Schadensersatz leisten.[4]) Und doch kann der Käufer ebensoviel Schuld daran haben wie der Verkäufer, daß ihm der Fehler verborgen geblieben ist, weil er die Sache beim Abschluß des Vertrages nicht gehörig untersucht hat. Gerade im Interesse des Verkehrs ist es, wenn hier die allgemeinen Vorschriften nicht eingreifen, wenn die fehlerhafte Lieferung nicht als Nichterfüllung angesehen wird. Denn der Käufer hat ja andere Rechte. Er ist nicht auf die Schadensersatzforderung angewiesen; seine Interessen werden genügend

---

[1]) So Dernburg Bd. 2 § 185; Düringer-Hachenburg Bd. 3 S. 82; Emerich S. 69; Cosack Bd. 1 § 127II; Kisch S. 193; Eccius bei Gruchot Bd. 53 S. 306; Schöller S. 13. Unserer Meinung vor allem Schollmeyer in Jherings Jahrb. Bd. 49; Oertmann § 433 Anm. 2 $\beta\gamma\gamma$; Crome § 220 Anm. 4; Staub Bd. 2 Exk. zu § 374 Anm. 42; Windscheid-Kipp S. 700; Endemann S. 987.

[2]) Bd. 2 S. 478.

[3]) Bd. 3 S. 82.

[4]) Diese Konsequenz scheut sich Dernburg zu ziehen. Die Forderung der Schadensersatzpflicht betreffe nur „gegenseitige Forderungen auf Erfüllung", „Gewähr" ist aber nach ihm doch auch Forderung auf Erfüllung.

berücksichtigt, ohne daß die des Verkäufers zu schwer geschädigt werden.

Wir haben nun zu sehen, in welche Klasse der Ansprüche die uns hier beschäftigenden drei des § 480 Abs. 1 einzureihen sind. Für die Ansprüche auf Wandlung und Minderung kann das nicht streitig sein; das sind die ädilizischen Rechtsmittel, die als Gewährleistungsansprüche hier auch beim Genuskauf gegeben werden. Zweifelhafter ist das bei dem Nachlieferungsanspruche. Ist darin der Anspruch auf Erfüllung anerkannt?[1]) Mosler meint dies: „Der Käufer fordert mit ihm noch nachträglich anderweitige Erfüllung des ursprünglichen Vertrages".[2]) Und doch behauptet er an anderer Stelle,[3]) „daß das Bürgerliche Gesetzbuch der Ansicht Ausdruck gegeben habe, daß durch die Lieferung und Annahme einer der bestimmten Gattung angehörigen, aber fehlerhaften Sache keineswegs etwas anderes, als vereinbart war, geliefert ist, der Vertrag somit, wenn auch mangelhaft, so doch erfüllt ist".

Wenn man den Nachlieferungsanspruch als Erfüllungsanspruch ansieht, wirft man dem Bürgerlichen Gesetzbuch eine Inkonsequenz vor, die hier bei richtiger Auslegung in Wirklichkeit gar nicht vorhanden ist. Denn dann gäbe ja das Bürgerliche Gesetzbuch unter denselben Voraussetzungen einmal einen Erfüllungsanspruch und zugleich einen Gewährleistungsanspruch. Der Käufer hätte zu entscheiden, welchen er geltend machen will. Aber es ist doch nicht angängig, daß das Gesetz einem der Kontrahenten selbst die Entscheidung darüber überläßt, ob eine Sache Erfüllung ist oder nicht, und ihm dann entweder den Anspruch auf Erfüllung, oder, wenn er die Leistung als Erfüllung ansehen will, auf Gewährleistung gibt. Das Gesetz selbst muß doch gewisse objektive Merkmale aufstellen, bei deren Vorhandensein

---

[1]) Diese Meinung begründet ausführlich Mosler in seiner Dissertation. Ders. A. Oertmann § 243 Anm. 5b; Neumann § 480; Matthiaß § 106 I; Staudinger § 243 Anm. 1b; Staub Bd. 2 Exk. zu § 374 Anm. 42; RG. Bd. 53 S. 204; unserer Ans. Schollmeyer a. a. O.; Windscheid-Kipp S. 711; Kohler, Lehrb. S. 107; Goldmann-Lilienthal § 138.

[2]) S. 12.

[3]) S. 8.

eine Leistung als Erfüllung bezw. als Nichterfüllung anzusehen ist.[1])[2]) Aber, könnte man sagen, der Gläubiger kann doch eine Leistung, die eigentlich Nichterfüllung ist, als Erfüllung annehmen. Gewiß, § 364 BGB. bestätigt das ausdrücklich. Aber dann läge in der Annahme an Erfüllungsstatt eine Billigung des Geleisteten, dann könnte der Käufer auch keine Gewährleistungsansprüche mehr haben.

Wenn es also überhaupt möglich ist, auch beim Gattungskaufe bestimmte Merkmale, bei deren Vorhandensein der Erfüllungsanspruch, andere, bei deren Vorhandensein der Gewährleistungsanspruch zu geben ist, festzustellen, dann ist sicherlich der Nachlieferungsanspruch auch zu den Gewährleistungsansprüchen zu zählen, da er unter genau denselben Voraussetzungen gegeben wird wie die Ansprüche auf Wandlung und Minderung. Diese Merkmale müssen aber erst festgestellt werden. Denn es wäre ja möglich, daß man vielleicht beim Gattungskauf gar nicht die Trennung zwischen Erfüllungs- und Gewährleistungsanspruch machen könnte.

Was im allgemeinen als Erfüllung beim Kauf verlangt wird, das sagt, wie wir sahen, § 433 BGB. Für den Gattungskauf ist nun noch § 243 BGB. damit zu verbinden: Der Verkäufer hat eine Sache von mittlerer Art und Güte zu übergeben und dem Käufer das Eigentum an der Sache zu verschaffen. Wenn er das getan hat, dann hat er seine Hauptverpflichtung erfüllt; dann kann es keinen Erfüllungsanspruch mehr gegen ihn geben. Hat er aber eine Sache, die nicht von mittlerer Art und Güte ist, geliefert, so gibt es gegen ihn einen Anspruch auf Lieferung einer Sache mittlerer Art und Güte, auf Lieferung einer neuen Sache; das ist ein Erfüllungsanspruch, aber nicht der Anspruch aus § 480 Abs. 1 BGB. Er leitet sich vielmehr aus den §§ 433 u. 243 her. Den Anspruch auf Lieferung

[1]) Das was Mosler S. 23 hiergegen anführt, ist keineswegs treffend. Eine Vermittlung gibt es hier eben nicht.

[2]) Daß es logisch durchaus möglich ist, daß der Käufer die Alternative entscheidet, wie Krückmann S. 178 meint, halten wir nicht für richtig. Aus dem Gesetz muß sich ergeben, was zur Erfüllung eines Vertrages gehört.

einer neuen Sache aus § 480 hat der Käufer dann, wenn zwar eine Sache mittlerer Art und Güte geliefert, diese aber mit Fehlern behaftet ist, die den Wert oder die Tauglichkeit zu dem gewöhnlichen oder dem nach dem Vertrage vorausgesetzten Gebrauch aufheben oder mindern (§ 459 BGB.). Es gibt also beim Gattungskauf — das ist jetzt festgestellt — zwei ganz verschiedenartige Ansprüche auf Lieferung einer neuen Sache.

Nach unserer Ansicht läßt sich also auch beim Gattungskauf der Unterschied zwischen den Voraussetzungen für den Erfüllungsanspruch einerseits, den Gewährleistungsanspruch anderseits genau bestimmen. Die Grenze wird dadurch gegeben, daß in einem Falle die Sachen nicht mittlerer Art und Güte sind, im andern wohl mittlerer Art und Güte, aber trotzdem fehlerhaft im Sinne des § 459 BGB.

Würden wir so also den Erfüllungsanspruch beim Gattungskaufe streng von dem Gewährleistungsanspruche trennen können, so würde doch diese ganze Unterscheidung hinfällig werden, wenn, wie man behauptet hat, die Gattungssachen, die im Sinne des § 459 fehlerhaft sind, auch nicht mehr als Sachen mittlerer Art und Güte anzusehen wären.[1])

Abgesehen davon, daß das Bürgerliche Gesetzbuch wohl auf dem Standpunkt steht, daß Sachen auch bei Vorliegen eines solchen Fehlers noch Sachen mittlerer Art und Güte sein können — sonst hätte es wohl nicht die Ansprüche auf Wandlung und Minderung gegeben, sondern sich der Meinung angeschlossen, die nur den Anspruch auf Erfüllung geben wollte —, scheint u. E. auch wirklich die Bestimmung eines Unterschiedes in dieser Hinsicht möglich zu sein. Eine Sache muß mittlerer Art und Güte sein, heißt eben: die Sache als Einheit, in der Summe ihrer Vorzüge und Nachteile betrachtet, muß den Durchschnitt der Sachen erreichen, die für diesen Preis im allgemeinen verkauft zu werden pflegen; sie muß im allgemeinen die Eigenschaften

[1]) Das meint Mosler S. 18, dort ist auch die übrige Literatur angegeben. Dazu noch Enneccerus-Jaeger S. 366 Anm. 1. Allerdings gibt Mosler S. 21 selbst zu, daß sich Fälle denken lassen, in denen trotz gebrauchs- und tauglichkeitsmindernder Fehler die gelieferte Sache doch noch mittlerer Art und Güte ist.

dieser Sachen haben, kleine Fehler können auch bei ihr vorkommen. Natürlich kann ein großer Fehler nicht durch große Vorzüge in anderer Beziehung ausgeglichen werden. Uns scheint das Schollmeyersche Beispiel das schlagend zu beweisen. Er sagt[1]: „Wenn man sich vom Fabrikanten eine goldene Taschenuhr schicken läßt, und die Feder ist nicht in Ordnung, so liegt gewiß ein erheblicher gebrauchmindernder Fehler vor. Trotzdem kann die Uhr mittlerer Art und Güte sein".

Ziehen wir jetzt also den Schluß für unsere Frage, so muß es als bewiesen angesehen werden, daß die Ansprüche des § 480 Abs. 1 sämtlich Gewährleistungsansprüche sind. Daß es der Nachlieferungsanspruch ebenfalls ist, dafür spricht auch die Behandlung dieses Anspruchs, der den anderen durchaus ähnlich gemacht wird, sowohl was die Konstruktion, als auch was die Verjährung betrifft.

Dieser Gewährleistungsanspruch folgt eben aus der Natur des Gattungskaufs, wo es viele Sachen gibt, die geliefert werden können. Während es beim Spezieskauf nur möglich ist, entweder die Sache zu behalten und den Preis zu mindern, oder sie gegen Rückzahlung des Kaufpreises zurückzugeben, gibt es hier noch die Möglichkeit, die Sache gegen Lieferung einer anderen zurückzugeben. Es ist dies etwas der Wandlung Verwandtes.[2])

§ 3.

Die Konstruktion der drei Ansprüche.

Bei der Frage, wie die Ansprüche aus § 480 Abs. 1 zu konstruieren sind, was ihr Inhalt ist, was mit ihnen verlangt wird, ist der Nachlieferungsanspruch von den beiden anderen zu trennen. Über die Frage, worauf diese letzteren gehen, ob auf Vertragsschluß oder auf Rückzahlung des Geldes gegen Rückgabe der Sache bezw. auf Rückzahlung eines Teils des

[1]) Jherings Jahrb. Bd. 49 S. 100.

[2]) So auch Kipp a. a. O.; Goldmann-Lilienthal a. a. O.

Kaufpreises, herrscht seit der Entstehung des Bürgerlichen Gesetzbuches ein großer Streit, der auch heute noch nicht zu Ende geführt ist. Mit den Worten Vertrags- und Restitutionstheorie werden die beiden Ansichten gekennzeichnet. Die Gründe, die für die eine und gegen die andere sprechen, sollen hier nicht noch einmal aufgeführt werden.[1]) Wir schließen uns der als herrschend zu bezeichnenden Vertragstheorie an und bestimmen also als das, was mit diesen Ansprüchen gefordert wird, den Abschluß eines Vertrages, die Abgabe einer Willenserklärung.

Wie ist es aber mit dem Nachlieferungsanspruch?

§ 480 sagt, daß auf ihn § 465 „entsprechend" anwendbar ist, und aus dem § 465 leitet die herrschende Meinung ihre Ansicht, die Vertragstheorie her. Man hat auch gerade den § 480 als Gegenargument im Kampfe gegen die Vertragstheorie brauchen wollen. Denn § 480 sagt ja deutlich, daß der Käufer statt der Wandlung die Lieferung einer mangelfreien Sache verlangen könne. Er kann also sogleich die Lieferung verlangen, er braucht nicht erst einen Vertragsschluß zu fordern und dann aus diesem Vertrage sein Recht, eine mangelfreie Sache zu verlangen, herzuleiten, anspruchbegründend ist lediglich die Tatsache, daß eine fehlerhafte Sache geliefert ist.

Und doch läßt sich trotz dieses scheinbaren Widerspruches die Ansicht sehr wohl halten, daß die Ansprüche auf Wandlung und Minderung auf Vertragsschluß gehen, der Nachlieferungsanspruch aber unmittelbar auf Lieferung einer mangelfreien Sache. Denn § 480 sagt, daß § 465 „entsprechend" anzuwenden sei, d. h. mutatis mutandis. Der Nachlieferungsanspruch ist eben vollzogen, wenn der Verkäufer auf Verlangen des Käufers eine mangelfreie Sache liefert. Das bedeutet die entsprechende Anwendung des § 465. Welche Bedeutung dieser Satz hat, das wird weiter unten noch ausführlicher zu erörtern sein.

---

[1]) Der Stand der Meinungen ist folgender: Für die Vertragstheorie Crome, Dernburg, Endemann, Flechtheim, Goldmann-Lilienthal, Hellwig, Oertmann, Planck, Schollmeyer, Schröder, Windscheid-Kipp. Für die Restitutionstheorie vor allem Eccius, Enneccerus, Haymann, Langheineken, Matthiaß, Neumann, Staub, Werner.

§ 4.

Die Konkurrenz der Ansprüche.

Für unsere Frage, wann endgültig eine Festlegung auf den einen Anspruch erfolgt ist, ist es äußerst wichtig zu prüfen, in welchem Verhältnis die Ansprüche zueinander stehen, denn aus diesem Verhältnisse folgt, wann die anderen Ansprüche erlöschen und nur noch der eine, nunmehr unabänderlich, bestehen bleibt. Dabei könnte es möglich sein, daß das Verhältnis zwischen den Ansprüchen auf Wandlung und Minderung ein anderes ist als zwischen diesen beiden einerseits und dem Nachlieferungsanspruch andererseits. Daher wollen wir zunächst betrachten, ob alle drei in gleichem Verhältnisse zueinander stehen.

Ansprüche können kumulativ miteinander verbunden sein. Eine solche Verbindung liegt dann vor, wenn aus mehreren Tatbeständen mehrere Ansprüche entspringen, oder auch, wenn aus demselben Tatbestande mehrere Ansprüche entspringen, die nebeneinander geltend gemacht werden können. Daß das für unsere Ansprüche nicht zutrifft, geht unmittelbar aus dem Gesetze hervor; denn der Käufer kann nur „statt" der Wandlung „oder" der Minderung Nachlieferung einer neuen Sache verlangen. Nur einer oder der andere Anspruch kann geltend gemacht werden.

Die Ansprüche müssen also irgendwie alternativ konkurrieren, da aus demselben Tatbestande mehrere Ansprüche entspringen, durch die wirtschaftlich derselbe Zweck erreicht werden soll, die jedoch juristisch etwas Verschiedenes sind. Zwei Arten der alternativen Konkurrenz haben wir zu unterscheiden, die von Hellwig[1]) so genannte einfache Anspruchskonkurrenz und die — im weiteren Sinne — Alternativobligation. Die letztere zerfällt wieder in die einfache Alternativobligation und die Obligation mit facultas alternativa.

Es können nämlich derartige Ansprüche gleichmäßig nebeneinanderstehen, d. h. es kann bestimmt sein, daß jeder von ihnen

[1]) Anspruch u. Klagrecht S. 101 u. 105.

als erster geltend gemacht werden kann; es kann aber auch der eine nur aushilfsweise gegeben werden, wenn der andere nicht durchsetzbar ist, oder wenn damit auf den andern verzichtet wird. Die Wahl kann bei jeder dieser Art entweder dem Gläubiger oder auch dem Schuldner zustehen, so daß entweder der Gläubiger das Recht hat, etwas anderes zu fordern, oder der Schuldner sich durch Leistung einer anderen Sache von der Schuld befreien kann.

Berücksichtigen wir von der Alternativkonkurrenz vorläufig nur die Alternativobligation, so erhalten wir die vier Möglichkeiten: gewöhnliche Wahlschuld mit Gläubigerwahlrecht, gewöhnliche Wahlschuld mit Schuldnerwahlrecht, Schuld mit Alternativermächtigung des Gläubigers,[1]) Schuld mit Alternativermächtigung des Schuldners.

Da in unserem Falle das Wahlrecht dem Gläubiger zusteht, kommt für uns nur die Wahlschuld mit Gläubigerwahlrecht und die Schuld mit Alternativermächtigung des Gläubigers in Betracht.

Zunächst die letztere. Hier liegen zwei Obligationen vor, die jedoch zueinander in einem eigentümlichen Verhältnisse stehen. Es ist ein Hauptanspruch als primärer und ein Nebenanspruch als sekundärer gegeben. Der primäre ist resolutiv bedingt, der sekundäre suspensiv.[2]) Die Wahl des sekundären Anspruchs ist für beide die Bedingung. Die Wahlerklärung hat also nicht die gleiche Bedeutung für den Fall, daß der primäre gewählt wird, wie für den, daß der sekundäre gewählt wird. Wird der primäre geltend gemacht, so kann immer noch — vorausgesetzt, daß das Wahlrecht nicht infolge anderer Umstände verlorengegangen ist — auf den sekundären übergegangen werden. Nicht so, wenn der sekundäre geltend gemacht wird. Damit ist die Bedingung eingetreten; der resolutiv bedingte ist erloschen und kann nicht mehr geltend gemacht werden, der

---

[1]) Ob die facultas alternativa auch mit Gläubigerwahlrecht vorkommt, ist bestritten; vgl. Oertmann Vorbem. 2b vor § 262.

[2]) So Schollmeyer Vorbem. 2c vor § 262; Hellwig. Anspruch u. Klagrecht; dagegen Langheineken S. 202, der auch den sekundären für resolutiv bedingt ansieht.

suspensiv bedingte wird unbedingt. Stände der Nachlieferungsanspruch in diesem Verhältnis zu den beiden anderen — der primäre wäre der Wandlungs- bezw. Minderungsanspruch, der sekundäre der Nachlieferungsanspruch —, dann wäre dadurch, daß der Käufer sich für die Nachlieferung entscheidet, der Wandlungs- und Nachlieferungsanspruch erloschen, während umgekehrt nach Geltendmachung des Wandlungs- bezw. Minderungsanspruches der Käufer sich noch immer für Nachlieferung entscheiden kann.

Daß der Nachlieferungsanspruch mit den beiden anderen eine facultas alternativa bilde, meint Langheineken;[1]) er hält die facultas alternativa charakterisiert durch die Ausdrücke „statt", „anstatt", „an Stelle". In allen diesen Fällen könne der durch diese Ausdrücke eingeführte Anspruch nur so gewählt werden, daß damit gleichzeitig der andere verloren ginge.

Mag vielleicht im allgemeinen auch diese Bestimmung zutreffen,[2]) hier erscheint uns das nicht als richtig. Aus dem ganzen Zusammenhange glauben wir entnehmen zu können, daß auch der Nachlieferungsanspruch in derselben Linie stehen sollte wie der Wandlungs- bezw. Minderungsanspruch, daß in § 480 keineswegs ausgedrückt werden sollte, daß der Nachlieferungsanspruch sekundär gegeben wäre. Das „statt" kann hier nur die Bedeutung eines „oder" haben. Unsere Ansicht scheint dadurch bestätigt zu werden, daß auf den Nachlieferungsanspruch der § 477 Anwendung finden soll, d. h. es soll dieser Anspruch bei beweglichen Sachen in 6 Monaten von der Ablieferung, bei unbeweglichen — falls diese überhaupt als Gattungssachen in Betracht kommen — in einem Jahre von der Übergabe an verjähren. Wir hatten nun oben gesehen, daß der sekundäre Anspruch suspensiv bedingt ist, wäre aber der Nachlieferungsanspruch hier suspensiv bedingt, so könnte seine Verjährung nicht vor Eintritt der Bedingung beginnen (§§ 198, 158 BGB.). Es ergebe sich hier also ein Widerspruch. Über diesen käme

---

[1]) S. 205; ebenso Staudinger § 480 Anm. III 1 b.

[2]) Für einen anderen Fall widerspricht Pippo dieser Ansicht.

man allenfalls hinweg, wenn man sagte: im § 480 ist ja die entsprechende Anwendung des § 477 vorgeschrieben, die entsprechende Anwendung besteht hier darin, daß nur die Frist des § 477 angewendet wird, nicht jedoch der Beginn der Frist. Aber auch das gäbe keinen Sinn. Denn gerade der Zweck des § 477 ist der, daß die Streitigkeiten über Fehler der Sache möglichst bald erledigt werden sollen.

Eine facultas alternativa zwischen den ädilizischen Mitteln einerseits und dem Nachlieferungsanspruche anderseits liegt also nicht vor.[1]) Vielmehr ist das Verhältnis der drei Ansprüche untereinander dasselbe. Ist es nun eine gewöhnliche Wahlschuld, bei der dem Gläubiger das Wahlrecht zusteht? Man hat das ablehnen zu müssen gemeint[2]) und hier die einfache Anspruchskonkurrenz für vorliegend erachtet. Denn es handle sich bei der Alternativobligation nur um einen Anspruch, der besonders geartet sei dadurch, daß das Objekt alternativ bestimmt sei, während es sich hier um drei selbständige Ansprüche des Käufers handle. Ist aber die Voraussetzung, daß bei der Alternativobligation mit Gläubigerwahlrecht nur ein Anspruch vorliegt, richtig?

Das Wesen der Wahlschuld bestimmt sich aus dem § 262. Es werden mehrere Leistungen in der Weise geschuldet, daß nur die eine oder die andere zu bewirken ist. Wir reden nun

[1]) Von denen, die den Nachlieferungsanspruch als Erfüllungsanspruch ansehen, ist es allerdings konsequent, wenn sie durch die Wahl des Nachlieferungsanspruches die anderen erlöschen lassen. Denn durch die Geltendmachung des Nachlieferungsanspruches erklärt dann der Käufer, er nehme die Sache nicht als Erfüllung an. Dann kann er nicht Gewährleistungsansprüche haben, die sich erst ergeben, wenn erfüllt ist; vgl. Staudinger § 480 Anm. III 1 b. Wenn man diese Ansicht vertritt, so ist es unverständlich, was der Hinweis auf § 465 im § 480 bedeuten soll. Die Vertragskonstruktion soll nicht angewendet werden. Nun fällt auch die Anwendung des jus variandi fort. Damit wäre § 465 überhaupt nicht entsprechend anzuwenden. Diejenigen, die den Nachlieferungsanspruch als Erfüllungsanspruch auffassen, setzen sich also auch hier wieder mit dem Gesetze in Widerspruch.

[2]) vgl. Kuhlenbeck Bd. 1 S. 28 Anm. 2; Oertmann Vorbem. 2c vor § 262; Staudinger Vorbem. 6 vor § 262; Planck Nr. 1 zu § 465; Crome Bd. 2 § 153 Anm. 17.

von dem Falle, wo dem Gläubiger das Wahlrecht zusteht. Dann kann er mehrere Leistungen in der Weise fordern, daß nur die eine oder die andere zu bewirken ist. Während er, sofern dem Schuldner das Wahlrecht zusteht, nur verlangen kann, daß ihm geleistet werde: „die eine oder die andere Leistung", kann er, da er ja im umgekehrten Falle selbst entscheiden muß, was zu leisten ist, wählen: entweder „die eine Leistung" oder „die andere Leistung". Er hat also das Recht, von einem andern entweder das eine Tun zu verlangen, oder das Recht, das andere zu verlangen. Das Recht, von einem andern ein Tun zu verlangen, ist aber ein Anspruch. Folglich liegen auch bei der Alternativobligation mit Gläubigerwahlrecht mehrere Ansprüche vor. Mit Recht sagt daher Pescatore[1]): „Dem Gläubiger die Wahl zwischen Kaffee, Tee oder Kakao zu überlassen und ihm nicht einen Anspruch auf Kaffee, einen Anspruch auf Tee und einen Anspruch auf Kakao einräumen zu wollen, wäre ebenso widersinnig wie verkaufen und sich nicht zur Leistung des Kaufgegenstandes, kaufen und sich nicht zur Zahlung des Kaufpreises verpflichten wollen.[2])

Durch unsere Konstruktion entfällt also der Unterschied in dieser Beziehung, wie ihn die Gegner zwischen der Wahlobligation und der gewöhnlichen Anspruchskonkurrenz machen wollen. Daraus, daß das Wahlrecht im § 465 abweichend vom § 263 geregelt ist, läßt sich auch ein Unterschied nicht begründen; denn die Reglung in § 263 ist dispositiver Natur.[3]) Nun wendet Leonhard[4]) ein, daß von einer alternativen Obligation in derartigen Fällen wie hier nicht die Rede sein könne, da es sich um verschiedene Befugnisse handle, zwischen denen der Berechtigte zu wählen hat, bei der Wahlschuld aber um eine Wahl zwischen mehreren Leistungen. U. E. handelt es sich hier genau so um Leistungen, die der Gläubiger verlangen kann,

---

[1]) S. 132 Anm. 12.

[2]) Die Ansicht des Textes vertreten auch Langheineken und Litten. Gegen letzteren Siber in Krit. VSchr. S. 530.

[3]) Ebenso Hellwig S. 105 Anm. 5a; Schollmeyer, Komm. zu § 263 Nr. 4; Crome § 153 Anm. 2.

[4]) In Jherings Jahrb. Bd. 41 S. 2.

nämlich um die Leistung einer mangelfreien Sache bezw. der Erklärung des Einverständnisses. Allerdings beruht das Wahlrecht hier nicht auf Rechtsgeschäft, sondern auf Gesetz. Aber auch das macht nicht einen so wesentlichen Unterschied, daß dadurch die Wahl zwischen gesetzlichen Rechten, die derartig wie die hier behandelten sind, nicht mehr als Wahlobligation erscheinen sollte.[1])

Wenn nicht besondere Vorschriften für die betreffende Wahlobligation gegeben sind, so greift bezüglich der Konzentration § 263 BGB. ein: „Die Wahl erfolgt durch Erklärung gegenüber dem anderen Teile. Die gewählte Leistung gilt als die von Anfang an allein geschuldete". Doch § 465 bestimmt, daß nicht durch die Abgabe der Erklärung allein schon der Käufer an den einmal geltend gemachten Anspruch gebunden ist, sondern die Wandlung oder die Minderung ist erst vollzogen, wenn sich der Verkäufer auf Verlangen des Käufers mit ihr einverstanden erklärt. Nicht schon mit der Wahlerklärung erlischt das Wahlrecht des Käufers, sondern erst, wenn der Verkäufer sich mit der Wandlung oder Minderung einverstanden erklärt hat, dann ist eine Konzentration eingetreten.

§ 480 bestimmt nun, daß auf den Nachlieferungsanspruch der § 465 entsprechend Anwendung finde. Wir hatten oben als die entsprechende Anwendung bestimmt: Der Nachlieferungsanspruch ist vollzogen, wenn der Verkäufer auf Verlangen des Käufers liefert. Hier wäre also eine Konzentration erst erfolgt, wenn der Verkäufer auf Verlangen des Käufers eine fehlerlose neue Sache liefert. Mosler[2]) hält diese Auslegung nun allerdings für zu weitgehend: Eine Konzentration sei auch schon erfolgt, wenn sich der Verkäufer mit der Lieferung einverstanden erklärt habe. Diese Ansicht ist u. E. unhaltbar. Denn das jus variandi sowie auch der Verlust dieses Rechtes folgen unmittelbar aus dem § 465 BGB. Der Zeitpunkt, in dem das Wahlrecht er-

[1]) Langheineken hält sogar die ädilizischen Klagen für den Hauptfall der Alternativobligation; auch Dernburg Bd. 2a § 43 unterscheidet Alternativobligationen, die durch Rechtsgeschäfte begründet werden, und die unmittelbar aus dem Gesetze entspringen.

[2]) S. 11.

lischt, ist identisch mit dem, in dem der Anspruch vollzogen ist. Das eine ist die notwendige Folge des anderen.

Es folgt aus dem § 465 nicht, wie Mosler will, das Wahlrecht und der Verlust in dem Sinne, daß für die eine Bestimmung eine andere Auslegung möglich ist als für die andere. Beide sind vielmehr Erscheinungen desselben Grundgedankens.

Allerdings bleibt es den Parteien überlassen, einen Vertrag dahingehend zu schließen, daß der Verkäufer eine neue Sache zu liefern hat und daß der Käufer auf seine gesetzlichen Ansprüche, auf Wandlung und Minderung verzichtet. Dann würde durch diesen Vertrag dem Käufer das Wahlrecht genommen sein. Ein solcher Vertrag wird aber regelmäßig in dem Verlangen der Nachlieferung und der Erklärung des Einverständnisses damit nicht zu erblicken sein.

Zweiter Teil.

§ 5.

Die außerprozessuale Geltendmachung der Ansprüche.

In diesem Teile soll untersucht werden, wie sich nun die Durchsetzung der drei Ansprüche in Beziehung auf ihre endgültige Festlegung gestalten wird. Hier sollen möglichst alle Fälle und Komplikationen, die sich dabei ergeben können, betrachtet werden, sei es daß die Ansprüche des Käufers außerhalb des Prozesses durchgesetzt werden, sei es daß er auf gerichtlichem Wege gegen den Verkäufer vorgehe.

1. Fall: Der Käufer hat eine fehlerhafte Sache erhalten und erklärt, daß er Wandlung bezw. Minderung verlange.

2. Fall: Der Käufer hat eine fehlerhafte Sache erhalten und erklärt, daß er die Lieferung einer mangelfreien verlange.

Wenn er diese Ansprüche nur außerhalb des Prozesses geltend macht, ergeben sich keinerlei Schwierigkeiten für unsere Frage, wann endgültig eine Festlegung auf den einen Anspruch eingetreten ist. Nur das, was wir bisher durch unsere Untersuchungen gefunden haben, ist unmittelbar zur Anwendung zu bringen. Im ersten Falle ist eine endgültige Festlegung erfolgt dadurch, daß der Verkäufer sich mit dem Verlangen des Käufers einverstanden erklärt. In diesem Augenblicke erlöschen die anderen Ansprüche. Im zweiten Falle geschieht dies dann, wenn der Verkäufer auf Verlangen des Käufers die neue Sache liefert. Bis zu diesen Zeiten kann also der Käufer noch immer sich für einen der anderen Ansprüche erklären, und der Verkäufer wird dann nicht etwa dadurch befreit, daß er den zuerst geltend gemachten erfüllt. Es ergibt sich hier allerdings die Verschieden-

heit, daß es im ersten Falle dem Verkäufer ein leichtes ist, den Käufer bei dem einmal ihm gegenüber geltend gemachten Anspruch festzuhalten. Im zweiten Falle ist das für ihn nicht so einfach. Im ersten Falle hat er dem Käufer nur formlos eine Erklärung abzugeben, im zweiten Falle muß er erst mit der Lieferung angefangen haben, damit der Käufer bei dem einmal geltend gemachten Anspruch beharren muß.

Zu erwägen wäre noch, wie es mit der Anwendung des § 145 BGB. wäre,[1]) wenn der Käufer Wandlung bezw. Minderung verlangt. Wir sagten oben, daß Wandlung ein Vertrag ist. Das Verlangen der Wandlung enthält demnach eine Vertragsofferte, und es sind gewisse Regeln über Vertragsangebote auf dieses Verlangen anzuwenden. Nun bestimmt § 145 BGB., daß wer einem andern die Schließung eines Vertrages anträgt, an den Antrag gebunden ist, es sei denn, daß er die Gebundenheit ausgeschlossen hat. Demnach könnte also der Käufer seinen Antrag nicht vor dem Zeitpunkte widerrufen und einen anderen der drei Ansprüche geltend machen, bis zu dem unter regelmäßigen Umständen sein Gegner geantwortet haben müßte. U. E. ist aber die Anwendung des § 145 hier ausgeschlossen. Denn da das Gesetz im § 465 BGB. andere Vorschriften für die Gebundenheit an die Wahlerklärung gibt, braucht der Antragende die Gebundenheit nicht erst auszuschließen, das Gesetz selbst hat sie für diesen Fall ausgeschlossen.

Die Geltendmachung der Ansprüche im Prozesse.

§ 6.

Die Klagerhebung.

Gelingt es dem Käufer nicht, auf gütlichem Wege seinen Anspruch durchzusetzen, so muß er Klage erheben, und zwar

---

[1]) Diese Vorschrift will Planck anwenden; vgl. auch Staudinger § 465 Anm. III, 1 f und die dort Genannten; ebenso wohl auch Endemann § 161 Anm. 35.

in dem einen Falle auf Abgabe der Willenserklärung,[1]) im anderen auf Lieferung der neuen Sache. Dabei ist es ihm natürlich auch gestattet, auf Grund eines der anderen Ansprüche als auf Grund dessen, den er vorher dem Verkäufer gegenüber geltend gemacht hatte, zu klagen. Dann liegt darin die Abgabe einer neuen Willenserklärung, mag man der Ansicht sein, daß die Klage sich nur an das Gericht wendet und durch das Gericht dem Beklagten mitgeteilt wird, oder daß der Kläger sich selbst an den Beklagten wendet.

Unzulässig ist es, daß der Käufer alternativ auf Wandlung oder Minderung bezw. Nachlieferung klagt. Es würde dann die bestimmte Angabe des Gegenstandes im Sinne des § 253 ZPO. fehlen.[2])

Der Prozeß beginnt mit der Klagerhebung. Durch sie wird die Rechtshängigkeit der Streitsache begründet (§ 263 ZPO.). Die Erhebung der Klage erfolgt im allgemeinen durch Zustellung eines Schriftsatzes an den Beklagten, in dem gewisse Formalien erfüllt sein müssen (§ 253 ZPO.).

Dieser Schriftsatz kann, das wird gerade für unseren Fall bedeutsam, wenn darin auf Wandlung, Minderung oder Nachlieferung geklagt wird, verschiedenen Inhalt haben. Entweder kann der Kläger sich auf eine schon vorher abgegebene Wahlerklärung berufen und klagt, da der Beklagte nicht gutwillig den Wandlungs- bezw. Minderungsvertrag schließen oder die neue Sache liefern wollte, oder er kann jetzt erst in der Klageschrift die Wahlerklärung selbst abgeben.

Muß der Kläger, wenn er nun in der Klage sein Wahlrecht ausübt und auf Wandlung oder Minderung klagt, seinerseits schon die Vertragsofferte machen? Denn wir hatten ja gesagt, daß Wandlung und Minderung als Vertrag anzusehen seien. Man könnte etwa annehmen, daß der Käufer sich vorläufig noch

---

[1]) Allerdings kann damit sogleich die Klage auf Rückzahlung des Kaufpreises gegen Rückgabe der gelieferten Sache bezw. Rückgabe eines Teils des Kaufgeldes verbunden werden.

[2]) Oertmann § 465 Anm. 1 c γ; Dernburg § 185 Anm. 9; Crome § 222 Anm. 33; Planck § 465 Anm. 2 a β; Staudinger § 465 Anm. III 2 a ε; and. M. Cosack § 127, 3.

nicht zu entscheiden braucht, daß er erst auf die Einwilligungserklärung des Verkäufers klagt. Nachher stünde es ihm dann frei zu sagen, ich will auch wandeln bezw. mindern, dadurch würde er, da die Einwilligungserklärung des Beklagten durch das rechtskräftige Urteil (gemäß § 894 ZPO.) ersetzt wird, den Vertrag zum Abschlusse bringen. Aber ebenso könnte er dann vielleicht auch, nachdem der Gegner zur Wandlung verurteilt worden ist, die Vollziehung verhindern, indem er seinerseits erklärt, nicht wandeln zu wollen.

Praktisch wäre diese Ansicht allerdings bedenklich, aber sie erscheint uns auch dem Gesetze nicht entsprechend. Im § 462 sagt das Bürgerliche Gesetzbuch allerdings: Wegen eines Mangels ... kann der Käufer Wandlung ... verlangen. Danach könnte man vielleicht sagen, er könne Wandlung verlangen, ohne sich für die Wandlung zu erklären. Von der Restitutionstheorie aus, die wir abgelehnt haben, könnte man dazu kommen. Wenn nun auch auf den Wandlungsvertrag nicht alles auf Verträge Bezügliche anzuwenden ist, so beachte man doch zunächst folgendes: Wenn ich zu jemandem sage, erkläre dich mit dem Vertrage einverstanden, so liegt doch darin ohne weiteres, daß ich den Vertrag schließen will, d. h. mein Vertragsangebot. Aber weiter bestimmt § 465 BGB., daß die Wandlung erst vollzogen ist, wenn sich der Verkäufer auf Verlangen des Käufers mit der Wandlung einverstanden erklärt. Der Weg muß also folgender sein: Der Käufer hat die Wandlung, nicht nur die Zustimmung des Verkäufers zur Wandlung, zu verlangen. Der Verkäufer hat der Wandlung zuzustimmen, d. h. der Käufer hat das Angebot zu machen, der Verkäufer anzunehmen.[1]) Eine entsprechende Erklärung, die der Verkäufer ohne Angebot des Käufers abgibt, ist überhaupt ohne rechtliche Wirkung, ist nichts. Sie kann auch dadurch nicht wirksam werden, daß der Käufer ihr nachträglich zustimmt, es sei denn, daß man annimmt, der Wille des

[1]) Wenn man allerdings aus dem § 465 BGB., wie Eccius bei Gruchot Bd. 43 S. 325, herauslesen will, daß der Käufer Zustimmung zur Wandlung, nicht Wandlung selbst verlange, dann kann man dazu kommen, daß man ihm auch das Recht gibt, die Wandlung zu verlangen, ohne sich selbst für sie zu entscheiden.

Verkäufers, die Erklärung abzugeben, bestehe noch; er gäbe sie nach der Erklärung des Käufers noch einmal ab. Demnach ist in dem Verlangen der Wandlung zugleich stets die Abgabe der Erklärung, selbst wandeln zu wollen, und die Forderung, das Angebot anzunehmen, zu sehen: ohne das Angebot wäre es kein Verlangen der Wandlung im Sinne des Bürgerlichen Gesetzbuchs.[1]) Und da die Klage das nachdrücklichste Verlangen der Wandlung ist, so ist in jeder Klage auf Wandlung zugleich das Angebot zum Vertragsschlusse enthalten.[2])

Es müßte scheinen, als ob die Erhebung der Klage keine Bedeutung für den Verbrauch des Wahlrechts habe, als ob der Kläger nach wie vor seine Wahl ändern könne und erst die freiwillig oder gezwungen abgegebene Erklärung des Einverständnisses bezw. die Lieferung der neuen Sache auch in diesem Falle eine endgültige Festlegung brächte. Und doch behauptet Kohler,[3]) daß schon in der Anstellung der Klage eine endgültige Festlegung liege, die nur wieder aufgehoben würde, wenn die Klage gültig zurückgenommen wird. Zwar ist dieser Behauptung Kohlers widersprochen worden.[4]) U. E. mit Unrecht. Denn wir werden im Laufe unserer weiteren Untersuchung finden, daß tatsächlich „durch die Kraft des Prozesses" eine Festlegung stattfindet, sobald die Klage gültig erhoben ist.

§ 7.

Die Zurücknahme der Klage.

Allerdings, die Klagzurücknahme, das erkennt auch Kohler an, ist geeignet, dem Kläger sein Wahlrecht wiederzugeben.

[1]) vgl. Planck § 465 Anm. 2; Staudinger § 462 Anm. III, 2 d.

[2]) Unserer Ansicht ist wohl auch Oertmann (§ 465 Anm. II a), wenn er sagt, daß der Beklagte während des Prozesses jederzeit durch Einwilligungserklärung zu dem vom Käufer Begehrten die Wandlung oder Minderung herbeiführen kann. Für diese Ansicht spricht auch, daß die Anhänger der Vertragstheorie die Möglichkeit erörtern, daß die Klage auf Vertragsschluß, d. h. auf Wandlung, mit der auf Rückgabe verbunden werden kann. Würde in dem Verlangen nicht das Vertragsangebot liegen, dann käme durch das Urteil der Vertrag noch nicht zustande, dann könnten auch die Folgen des Vertragsschlusses noch nicht geltend gemacht werden.

[3]) Enzykl. S. 673 u. 58.

[4]) Pippo S. 40.

Jedoch diese Zurücknahme ist nicht unumschränkt zulässig. Der angegriffene Beklagte hat ein Recht darauf, daß der Richter über den Streit entscheidet, daß, wenn die Angriffsmittel des Klägers vielleicht nicht stark genug waren, er seinerseits zum Siege gelangt und der Kläger sich nicht durch die Flucht aus dem Prozesse dem Kampfe entziehe. Nur bis zum Beginne der mündlichen Verhandlung des Beklagten zur Hauptsache kann die Klage ohne Einwilligung des Beklagten zurückgenommen werden (§ 271 ZPO.).

Wie ist es nun mit dem Wahlrecht des Klägers, wenn er die Klage zurücknimmt? Hat der Beklagte dann noch ein Mittel, ihn bei seinem einmal geltend gemachten Anspruch festzuhalten? Die Frage ließe sich auch so stellen: Besteht die abgegebene Wahlerklärung des Klägers noch zu Recht, wenn er die Klage zurücknimmt? Denn wenn diese Erklärung besteht, dann hat der Beklagte die im § 5 angegebenen Mittel, ihn bei seiner Wahl zu halten, d. h. er müßte, sobald der Kläger die Klage zurücknimmt, seine Einverständniserklärung abgeben bezw. die neue Sache liefern. Wollte der Kläger diese Festlegung vermeiden, so müßte er bei Zurücknahme der Klage seine Wahlerklärung auf Grund des § 465 BGB. ändern und sich für einen anderen Anspruch entscheiden.

Wir hatten oben die beiden Fälle unterschieden, ob die Wahlerklärung in der Klagschrift selbst abgegeben war oder nicht. Für den zweiten Fall ist die Beantwortung der gestellten Frage ohne weiteres klar. Die Wahlerklärung war gar nicht mit Rücksicht auf den Prozeß abgegeben worden, sie besteht also auch noch nach Zurücknahme der Klage weiter.

Schwieriger ist die Beantwortung im anderen Falle. Als Folge der Zurücknahme der Klage bestimmt § 271 ZPO., daß der Rechtsstreit als nicht anhängig geworden anzusehen ist. Die Folgen der Rechtshängigkeit erlöschen also durch die Zurücknahme der Klage. Anderseits erlöschen aber auch nur die Folgen der Rechtshängigkeit. Diese Folgen finden sich teils in der Zivilprozeßordnung selbst, z. B. im § 263 Abs. 2, teils auch in anderen Gesetzen, z. B. BGB. §§ 209 ff. Die Wahlerklärung aber, die in der Klagschrift abgegeben ist, hat mit der Rechts-

hängigkeit als solcher nichts zu tun. Diese Erklärung bleibt bestehen. Damit, daß die Rechtshängigkeit als nicht eingetreten gilt, gilt nicht etwa auch die Wahlerklärung als nicht abgegeben. Denn die materiellen Teile einer Klagschrift sind streng von den prozessualen zu scheiden. Es kann sehr leicht vorkommen, daß die materiellen Erklärungen im Prozesse einen anderen Weg gehen als die prozessualen.

Eine andere Auffassung zwischen dem materiellen und prozessualen Teile der Klage vertritt beispielsweise Kohler. Nach ihm wird die Prozeßhandlung, wenn sie zurückgenommen wird, mit ihren prozessualen wie mit ihren zivilistischen Wirkungen zurückgenommen: gestattet der Prozeß eine Zurücknahme, so ist von selbst auch die Rücknahme der zivilistischen Wirkung gegeben.[1])

Aber die Wahlerklärung hat doch an und für sich nichts mit dem Prozesse zu tun, und daher möchte uns diese Anschauung Kohlers als unrichtig erscheinen. Es macht keinen Unterschied, ob der Käufer dem Verkäufer gegenüber erst die Erklärung abgibt, ob er sie ihm vielleicht — das kann er ja nach § 132 BGB. — sogar zugleich mit der Klage vom Gerichtsvollzieher zustellen läßt, oder ob er sie in die Klageschrift selbst mit aufnimmt. Etwas anderes ist es mit Erklärungen, wie es beispielsweise die Aufrechnungserklärung im Prozesse ist. Diese hat den typischen Abwehrzweck. Obwohl sie auch eine materielle Erklärung ist, ist sie doch gerade des Prozesses willen abgegeben, ganz anders als die Wahlerklärung. Derartige Erklärungen, das wird man Kohler zugeben, richten sich durchaus nach Prozeßrecht. Nicht so unsere. Die Wahlerklärung gilt nicht als nicht abgegeben, wenn die Klage zurückgenommen wird. In dieser Beziehung macht es also keinen Unterschied, ob die Wahlerklärung in der Klage oder schon vorher abgegeben ist, jedenfalls besteht die Wahlerklärung weiter, und der Verkäufer hat es in der Hand, den Käufer bei der Wahlerklärung festzuhalten. Durch die Zurücknahme der Klage wird das Wahl-

[1]) Zeitschr. f. ziv. Prax. Bd. 29 S. 3.

recht wieder umfangreicher hergestellt insofern, als der Käufer in der Lage ist, sein jus variandi auszuüben.

Ist es denn aber nötig, die Klage zurückzunehmen, damit das Wahlrecht wieder auflebt, genügt es nicht, die Wahlerklärung zurückzunehmen, und kann diese nicht ohne die Klage zurückgenommen werden? Unseres Erachtens nicht; denn wie wir oben ausgeführt haben, steckt in jedem Antrage auf Verurteilung zur Wandlung zugleich das Angebot der Wandlung und die Wahlerklärung. Beides kann demnach auch nur mit dem Antrage zurückgenommen werden. Solange der Antrag aufrechterhalten wird, bleibt Wahlerklärung und Vertragsangebot bestehen.

§ 8.

Die Änderung der Klage.

Die Zurücknahme der Klage gab dem Kläger noch einmal die Stellung, die er hatte, wenn er seine Wahlerklärung nur außergerichtlich abgegeben hatte. Jetzt haben wir den weiteren Weg zu verfolgen, den die Ansprüche im Prozesse machen.

Ein anderes Mittel, eine Klage in gewissem Sinne zu beseitigen, bietet die Klagänderung. Die Voraussetzungen für diese Änderung sind im Verhältnisse zu denen der Klagezurücknahme für den Kläger insofern günstiger, als es beim Fehlen der Einwilligung des Beklagten zur Zulassung der Klagänderung genügt, wenn nach dem Ermessen des Gerichts die Verteidigung des Beklagten nicht wesentlich erschwert wird (§ 264 ZPO.). Allerdings sind sie ungünstigere in der Zeit vom Eintritte der Rechtshängigkeit bis zum Beginne der mündlichen Verhandlung zur Hauptsache. Denn während dieser Zeit kann der Kläger die Klage ohne weiteres zurücknehmen, zur Klagänderung ist jedoch da schon die Einwilligung des Beklagten bezw. das Ermessen des Gerichts nötig.

Nicht jedes Verändern an der Klage ist eine Klagänderung im technischen Sinne des Wortes. Eine Klagänderung ist nur die Änderung des Klaggrundes oder des Klaggegenstandes.[1])

[1]) vgl. Gaupp-Stein, Struckmann-Koch, Seuffert zu §§ 264 u. 268 ZPO.

Eine Änderung des Klaggrundes würde nicht vorliegen, wenn der Kläger vom Wandlungs- auf den Minderungs- oder Nachlieferungsanspruch überginge. Denn wie oben gesagt, beruhen alle drei auf demselben Grunde, der Gewährleistungspflicht des Verkäufers. Hier wie dort wird behauptet: ich habe gekauft, du hast erfüllt, aber fehlerhaft erfüllt. Aber der Gegenstand der drei Klagen ist ein verschiedener: hier Einwilligung zur Wandlung, dort Einwilligung zur Minderung, dort Nachlieferung. Daß alle drei Klagen wirtschaftlich denselben Zweck, nämlich Ausgleich der mangelhaften Leistung haben, ist gleich, juristisch sind sie vollkommen verschieden.[1]) Es erscheint nicht angängig, wie Hölder[2]) meint, darin schlechthin einen Anspruch zu sehen.[3])

Somit läge also das vor, was unsere Zivilprozeßordnung als Klagänderung bezeichnet. Diese Klagänderung würde im Prozeß wohl stets gemäß § 264 ZPO. zugelassen werden. Denn die Verteidigung des Beklagten gegen beide Ansprüche ist dieselbe.

Es fragt sich, ob der Käufer zugleich das Verlangen der Wandlung und das der Minderung bezw. Nachlieferung stellen kann. Dies muß verneint werden. Denn wie oben ausgeführt, stehen die drei Ansprüche in einem Alternativverhältnisse. Nur einen der drei kann der Käufer geltend machen. Sieht man also in der Erhebung der Klage zugleich die Wahlerklärung, so kann er, wie oben schon ausgeführt, solange die Klage anhängig ist, keine andere Wahlerklärung abgeben. Wenn also die Klagänderung möglich sein soll, so muß es möglich sein, eine neue Wahlerklärung abzugeben. Dann muß die ursprüngliche Wahlerklärung, d. h. auch die ursprüngliche Klage, zurückgenommen

---

[1]) Hellwig, Lehrb. Bd. 1 S. 262.

[2]) Arch. f. ziv. Prax. Bd. 93 S. 17: Aus demselben Rechtsgrunde können verschiedene Erfolge teils nebeneinander, teils alternativ geschuldet sein. Im zweiten Falle liegt schlechthin ein Anspruch vor. Auch Eck S. 451 meint für den Wandlungs- und Minderungsanspruch, daß der Kläger nach Erhebung der Klage noch immer seine Wahl ändern könne. Vgl. auch Thilo S. 425.

[3]) Der Ansicht des Textes Gaupp-Stein § 268 Anm. IB; Seuffert § 268 Anm. 3a; Hellwig, Lehrb. Bd. 3 S. 238.

sein oder als zurückgenommen gelten. Gaupp-Stein[1]) meint nun allerdings, daß falls das Gericht die Klagänderung gemäß § 264 ZPO. zuläßt, auch die Einwilligung des Beklagten zu der in der Klagänderung enthaltenen Klagzurücknahme durch das Ermessen des Gerichts ersetzt sei. U. E. mit Unrecht;[2]) denn da die Klagänderung im allgemeinen nur bei Einwilligung des Beklagten möglich ist, da im allgemeinen die Einwilligung durch nichts ersetzt werden kann, so muß der Beklagte u. E. auch in diesem speziellen Falle einwilligen.[3])[4]) Die Zustimmung des Beklagten zur Klagänderung und die zur Klagzurücknahme werden aus ganz verschiedenen, rechtspolitischen Gründen verlangt. Deshalb kann wohl die Zustimmung in dem einen Falle ersetzt werden, nicht aber im andern.

Daraus also, daß beim Übergehen des einen der drei Gewährsansprüche zu einem der andern zugleich materielle und prozessuale Verwicklungen sich ergeben, folgt, daß eine derartige Klagänderung ohne Klagzurücknahme nicht möglich ist, daß die Einwilligung des Beklagten erforderlich ist, um einen andern als den ursprünglich geltend gemachten Anspruch geltend zu machen.

Jetzt sehen wir also, wie Kohler zu der vielfach angegriffenen Äußerung, daß eine Festlegung durch die Kraft des Prozesses erfolge, berechtigt ist. Wenn man glaubte, daß die

---

[1]) § 268 IV, 2 und wohl auch Seuffert § 268 Anm. 5b.

[2]) Uns. Ans. auch Schmidt, Lehrb. S. 830.

[3]) Nach Gaupp-Stein § 268 Anm. III, 2 ist eine Zustimmung des Beklagten erforderlich, wenn der Klagantrag beschränkt wird. Wenn bei diesem Verändern an der Klage die Zustimmung nötig ist, halten wir sie auch in unserm Falle für nötig. Allerdings wird dabei nicht verkannt, daß das Gesetz sagt, daß eine Beschränkung des Klagantrags nicht als eine Klagänderung anzusehen ist (tatsächlich ist es ja eine), daß hier an die Stelle des Alten nichts Neues gesetzt wird und eine Entscheidung des Gerichts in keiner Weise erfolgt.

[4]) Die Frage über das Verhältnis der Klagänderung zur Klagzurücknahme und ihre praktische Behandlung hat in der Literatur wenig Berücksichtigung gefunden, da sie selten praktisch werden wird. Denn wenn in der Klagänderung eine Klagzurücknahme liegt, wird die Verteidigung des Beklagten gegen die abgeänderte Klage im allgemeinen wesentlich erschwert werden, und die Änderung wird daher vom Gericht nicht zugelassen werden.

Klagänderung ein Mittel wäre, um die Festlegung zu verhindern, so war das eben nicht richtig.[1]) Unserer Ansicht ist wohl auch Schollmeyer,[2]) wenn er sagt: „Der Käufer hat das Recht des Entschlußwechsels, er kann also auch die eine Klage anstellen und nach ihrer Zurücknahme den anderen Anspruch erheben, doch setzt die Zurücknahme der Klage Einwilligung des Beklagten voraus, wenn dieser sich auf den geltend gemachten Anspruch bereits eingelassen hat. Unter dieser Voraussetzung steht dem Käufer das Recht des Entschlußwechsels zu bis zur Vollziehung der Wandlung oder Minderung oder bis zur rechtskräftigen Verurteilung zu einem von beiden (§ 465 BGB. und § 849 ZPO.).

In dem Übergange von der Wandlungs- zur Minderungsklage eine bloße Klagänderung zu erblicken, ist nicht angängig“.[3])

§ 9.

Der Fortgang des Prozesses.

Wenn sich also der Kläger und der Beklagte nicht etwa während des Prozesses gütlich einigen, dann ist es nach dem Beginne der mündlichen Verhandlung des Beklagten zur Hauptsache dem Kläger nicht mehr möglich, von dem einmal gemachten Anspruche loszukommen. Dann ergeht das Urteil, und das Urteil wird rechtskräftig. Dieser Zeitpunkt hat verschiedene Bedeutung, je nachdem ob auf Wandlung bezw. Minderung oder auf Nachlieferung geklagt ist. Denn im ersten Falle gilt mit Rechtskraft des Urteils die Einverständniserklärung als abgegeben (§ 894 BGB.); damit ist also die Wandlung vollzogen und die anderen Ansprüche erlöschen. Im anderen Falle aber ist erst der Moment des Beginnes der Zwangsvollstreckung für die endgültige Konzentration maßgebend. Erst mit dem Beginne der Zwangsvoll-

---

[1]) And. M. Enneccerus § 247 Anm. 2; Hellwig, Anspruch u. Klagrecht S. 95 Anm. 17; Staudinger Bd. 2 § 465 Nr. 3.

[2]) Einzelne Schuldverhältnisse S. 28.

[3]) vgl. auch Dernburg § 185 Anm. 9: „Hat der Käufer zuerst den einen Klagantrag gestellt und dann den anderen, so nimmt er den ersten zurück.

streckung erlischt das Wahlrecht des Klägers, wenn er auf Nachlieferung geklagt hat.

Es wird aber auch die Ansicht vertreten, daß das rechtskräftige Urteil auf Wandlung das Wahlrecht noch nicht zum Erlöschen bringe.[1]) Vom Standpunkt der Restitutionstheorie ist das ja auch verständlich; denn wenn die Anhänger dieser Theorie auch zugeben, daß die Wandlung zwar auch durch einen Vertrag vollzogen werden kann, so wird sie dann doch nicht im Prozesse durch einen Vertrag vollzogen. Hier geht das Verlangen auf Rückgabe des Geldes gegen Rücklieferung der gekauften Sache, nicht auf Einverständniserklärung. Das rechtskräftige Urteil auf Rückgabe kann naturgemäß auf den Verbrauch des Wahlrechts keinen Einfluß haben, sondern erst die tatsächliche Rückgabe. Seltsamerweise kommt Thiele[2]) auf Grund der Restitutionstheorie dazu, daß mit Rechtskraft des Urteils das Wahlrecht erlischt. Wieso aber der Beklagte aus einem ihn verurteilenden Erkenntnisse Rechte herleiten soll, ist nicht verständlich. Ein Recht oder besser ein Vorteil kann ihm doch nur dadurch zustehen, daß er gegebenenfalls die Einrede der Rechtskraft geltend machen kann. Diese Einrede wäre ihm aber, wenn er zur Wandlung verurteilt ist, falls er auf Minderung verklagt wird, nicht gegeben, da es sich nicht um eadem res handelt.

Nach unserer Ansicht geht die Wandlungsklage auf Abgabe einer Willenserklärung. Mit der Rechtskraft gilt diese dann gemäß § 894 ZPO. als abgegeben. Dann hat sich also der Verkäufer auf Verlangen des Käufers mit der Wandlung einverstanden erklärt, und demgemäß erlischt das Wahlrecht des Käufers.[3])

§ 10.

Die Erhebung einer anderen Klage während der Rechtshängigkeit der ersten.

In der Untersuchung, die Pippo über das Verhältnis dreier anderer Gewährleistungsansprüche anstellt, kommt er zu dem

[1]) vgl. Cosack § 39.

[2]) S. 417.

[3]) Ders. Ans. Planck § 465 Anm. 2; Dernburg § 185 Anm. V; Staudinger § 462 Anm. III, 1f.; Oertmann § 465 Anm. 2b.

Resultate, daß es möglich ist, während der Rechtshängigkeit des einen einen der anderen Ansprüche klageweise geltend zu machen. Diese Ausführungen müssen sich auf unsere drei Ansprüche übertragen lassen. Wenn er recht hätte, dann gäbe es vielleicht noch ein Mittel für den Kläger, daß er doch noch nach Erhebung der Klage einen anderen Anspruch wählen und diesen durchsetzen kann. Daß auf diese Weise zwei Urteile ergehen könnten, und daß diese beide rechtskräftig werden könnten, wäre dem Beklagten nicht nachteilig. Denn in dem Augenblicke, wo das Urteil auf Wandlung bezw. Minderung rechtskräftig wird, oder wo auf Grund des Urteils auf Nachlieferung mit der Vollstreckung begonnen wird, erlöschen, wie wir gesehen haben, die anderen Ansprüche. Dann hat der Beklagte als Mittel dagegen, daß nicht auch noch aus dem anderen vollstreckt wird, die Vollstreckungsgegenklage des § 767 ZPO.

Nach zwei Seiten hin wäre die Zulässigkeit der Erhebung einer zweiten Klage zu prüfen. Einmal, ob ihr prozessuale Hindernisse entgegenstünden, dann, ob Einwendungen mit Beziehung auf den Anspruch selbst gemacht werden könnten.

Wie ist es mit der prozessualen Zulässigkeit? Kann der Beklagte die Einrede der Rechtshängigkeit der zweiten Klage entgegensetzen? Diese Einrede ist dem Verkäufer dann gegeben, wenn während der Dauer der Rechtshängigkeit des ersten Anspruchs die Streitsache vom Käufer anderweit anhängig gemacht wird (§ 261 ZPO.). Die Frage ist also die: Macht der Käufer, der zuerst einen der drei Ansprüche geltend gemacht hat, dann auf einen andern Klage erhebt, d i e s e l b e Streitsache anhängig? Stellen die drei Ansprüche dieselbe Streitsache dar? Das ist zu verneinen. Wie schon in § 8 ausgeführt ist, handelt es sich nicht um eadem res. Der Grund der Klage ist zwar derselbe, aber nicht ihr Gegenstand.

Als Einwendung, die den Anspruch selbst betrifft, könnte man zunächst an die denken, daß der Anspruch erloschen sei. Aber wie wir schon mehrfach ausgeführt haben, erlöschen die andern Ansprüche erst mit Rechtskraft des Urteils bezw. mit Beginn der Zwangsvollstreckung.

In Beziehung auf den Anspruch ist aber u. E. noch ein

Erfordernis gegeben, das Pippo übersieht. Es ist richtig: das Gesetz gestattet dem Käufer, der einmal eine Wahlerklärung abgegeben hat, diese zu ändern und sich für einen andern Anspruch zu entscheiden. Dann muß aber zugleich — das liegt eben stets in einer neuen Wahlerklärung, wenn diese außerhalb des Prozesses abgegeben wird — die erste Wahlerklärung zurückgenommen werden. Es ist nicht angängig, daß zugleich zwei abgegebene Erklärungen zu Recht bestehen. Wenn aber schon ein Prozeß über einen der Ansprüche schwebt, so kann, wie wir gesehen haben, der Kläger die in diesem abgegebene Wahlerklärung nicht mehr zurücknehmen. Mithin ist es ihm während des Schwebens dieses Prozesses unmöglich gemacht, einen anderen der Ansprüche geltend zu machen.

Das Wandlungs- bezw. Minderungsverlangen stellt sich allerdings nur als eine eigenartige Vertragsofferte dar; man könnte glauben, daß es doch dem Käufer freistehen müßte, dem Verkäufer gleichzeitig mehrere Angebote zu machen. Wir halten das aber nicht für richtig, denn der Käufer macht nicht irgendwelche beliebigen, sondern ganz bestimmte, ihm vom Gesetz vorgeschriebene Angebote zu einem Vertrage, den er auf Grund des Gesetzes erzwingen kann. Das Gesetz bestimmt andrerseits auch das Verhältnis dieser Angebote zueinander, denn da nur der eine oder der andere Vertragsschluß erzwungen werden kann, so kann auch nur das eine oder andere Angebot gemacht werden. Das folgt daraus, daß der Vertrag mit dem Angebot vollkommen übereinstimmen muß und aus ihm unmittelbar hervorgeht. Mehrere Angebote könnte er nur dann machen, wenn er den Vertragsschluß nicht erzwingen will, wenn er dem Verkäufer die Wahl überläßt. Das wäre dann aber kein Verlangen der Wandlung im Sinne des Bürgerlichen Gesetzbuchs, das sich gerade dadurch charakterisiert, daß durch das Verlangen der Vertragsschluß erzwungen werden soll.

§ 11.

Schluß.

Die Untersuchung hat also ergeben, daß das jus variandi des Käufers eigentlich nur von Bedeutung ist für den Fall, daß

es nicht zum Prozesse kommt, daß mit Beginn des Prozesses durch die Kraft desselben eine Festlegung erfolgt. Außerhalb des Prozesses ist es allerdings von Bedeutung, doch auch da nur während einer verhältnismäßig kurzen Zeit, nämlich von dem Augenblicke, wo die Wahlerklärung dem Verkäufer zugegangen ist, bis zu dem, wo die Erklärung des Verkäufers dem Käufer zugeht. Und diese Frist kann der Verkäufer naturgemäß sehr einschränken.

Spezialdruckerei für Dissertationen, Robert Noske, Borna-Leipzig.